

## Bundesgericht und Vergaberecht

Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998

**Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli,**  
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: BR/DC 1/2002, S. 3 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

*Depuis quelques années seulement, des procédures judiciaires sont ouvertes contre les irrégularités commises lors de la passation de marchés publics. Pour les marchés fédéraux, la procédure s'achève devant la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. Pour les marchés cantonaux, la procédure peut conduire jusqu'au Tribunal fédéral, après (au moins) une instance cantonale. Depuis 1998, le Tribunal fédéral a rendu un nombre d'arrêts important à propos de marchés publics. Ces arrêts reflètent d'une part les particularités procédurales du recours de droit public (notamment les exigences liées au principe d'allégation et la cognition limitée). D'autre part, ils démontrent que l'application du droit aux marchés publics implique souvent de s'en remettre à des principes généraux (surtout ceux de la transparence et de l'égalité de traitement), car lesdits principes ne sont souvent pas pleinement concrétisés par des dispositions spéciales topiques; or, cette pratique nuit à la sécurité juridique.*

### I. Überblick

1. [3] Gegenstand dieses Beitrags ist die Rechtsprechung, die das *Schweizerische Bundesgericht* zum revidierten Vergaberecht entwickelt hat. Diese vergaberechtliche Praxis des Bundesgerichts ist **neu und doch vielfältig**:

a) *Neu* ist sie, da es das Bundesgericht bis jüngst in konstanter Praxis abgelehnt hatte, kantonale Vergabeentscheide auch materiellrechtlich zu beurteilen, um sich darauf zu beschränken, über die Parteirechte der Submittenten zu wachen und formelle Rechtsverweigerungen von ihnen abzuwenden (vgl. BGE 119 Ia 427 E. 3, grundlegend 103 Ib 156 E. 2).<sup>1</sup> Dann wurde im Zuge einer politischen Rückbesinnung auf die Marktwirtschaft (auch)<sup>2</sup> das schweizerische Vergaberecht fundamental umgestaltet, worauf das Bundesgericht seine langjährige Rechtsprechung mit Urteil vom 20. November 1998 (BGE 125 II 94 E. 3b, 4 Pra 88 575 E. 3b, 4; siehe auch: BGE 125 I 406 E. 1; BGE 126 I 150 E. 2c; BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 2a; BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 2b) aufgab. Heute qualifiziert das Gericht vergaberechtliche Entscheide kantonaler und kommunaler Vergabestellen ohne weiteres als hoheitliche Verfügungen im Sinne von Art.

<sup>1</sup> Dazu auch: ALBERTINI, Die bundesgerichtlichen Kriterien zum öffentlichrechtlichen Rechtsschutz im Submissionsverfahren, in: recht 1994, S. 279 ff.; CLERC, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, Diss. Freiburg 1997, S. 364 ff.; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 611.

<sup>2</sup> Neben neuen Vergabeerlassen wurden unter anderem ein wesentlich verschärftes Kartellgesetz (SR 251) und mit dem Binnenmarktgesetz (SR 943.02) zudem ein Gesetz geschaffen, das der Diskriminierung inländischer Marktteilnehmer ein Ende setzen soll.

84 Abs. 1 OG, die in den Grenzen seiner (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit auch aus materiellrechtlichen Gründen angefochten werden können.<sup>3</sup>

b) Und was die *Vielfalt* der neuen Praxis angeht, wurden bislang zwar nur wenige Urteile in die Amtliche Sammlung aufgenommen, zahlreiche weitere Entscheide aber im Internet (und dort unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch)) veröffentlicht. Die Urteile, welche die dem Publikum zugängliche Suchmaschine auswarf<sup>4</sup>, betreffen sowohl verfahrens- als auch materiellrechtliche Fragen. So befasste sich das Bundesgericht zum Beispiel mit:

- dem *Zweck des Vergaberechts* (Ziff. III./A), der *Bekanntgabe der Zuschlagskriterien* (Ziff. III./B), der *nachträglichen Projektänderung* (Ziff. III./C), der *Korrektur von Offertfehlern* (Ziff. III./D) und der *Beschwerdelegitimation* (Ziff. III./E); sowie mit
- dem **Begriff der öffentlichen Beschaffung**: Eine öffentliche Beschaffung liegt nur dann vor, wenn die öffentliche Hand als Abnehmerin von Sachen oder Dienstleistungen auftritt, und nicht auch [4] dann, wenn sie selber gewerbliche Leistungen offeriert (BGE 126 I 255 E. 2d/bb). Typisches Merkmal der öffentlichen Beschaffung ist somit "le paiement d'un prix par l'Etat" (BGE 125 I 214 E. 6b Pra 2000 885 E. 6b).<sup>5</sup>
- dem **Anfechtungsgegenstand**: "Anfechtungsobjekt kann, da dem Verwaltungsgericht keine engere Kognition zusteht als dem Bundesgericht, nur der letztinstanzliche kantonale Entscheid sein" (BGr. 6. November 2000 [2P.122/2000], E. 1c; BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 2a).
- der **Kausalität des Vergabefehlens**: Der Beschwerdeführer, der beim Zuschlagsentscheid unterlag, hat darzutun, inwiefern der gerügte Vergabefehler für den Nichterhalt des Zuschlages kausal war (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 4d). Wurde indes eine Regel formeller Natur verletzt – wie etwa das "Gebot, das Ausschreibungs- und Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten" –, muss dies "Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlages führen", wobei das Bundesgericht den vergabeseitigen Nachweis, "dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte" (BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 4), augenscheinlich zulassen würde. Anders als das Bundesgericht hebt die Rekurskommission einen Vergabeentscheid ohne jegliche Rücksicht auf die Kausalität bereits dann auf, wenn nicht alle für den Zuschlag massgebenden Gesichtspunkte vorgängig bekannt gegeben wurden (BRK 27. Juni 2000 [005/2000], E. 4c VPB 65.10 E. 4c).<sup>6</sup>
- dem **Recht auf Akteneinsicht**: "Das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen

<sup>3</sup> Nicht möglich ist dagegen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht, da kantonale und kommunale Vergabeentscheide sich nicht "auf öffentliches Recht des Bundes stützen" und damit keine Verfügungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 VwVG sind. Im Ergebnis gleich verhält es sich hinsichtlich der Verfügungen von Bundesstellen, was aber nicht am VwVG, sondern daran liegt, dass das Bundesrechtspflegegesetz entsprechende Beschwerden ausdrücklich ausschliesst (Art. 100 Abs. 1 lit. x OG).

<sup>4</sup> Die Suchmaschine ist praktisch, was nicht heisst, dass sie sich nicht verbessern liesse. So wünschte ich mir zum Beispiel, dass sie Suchbemühungen in der einen Sprache zuverlässig auch mit Urteilen in anderen (Landes-)Sprachen honorierte. Sehr kritisch GOECKE, Urteilssuche nur für Meistersurfer, in: plädoyer 6/01, S. 21 ff.

<sup>5</sup> Dazu: BELLANGER, Le droit applicable aux marchés publics, in: RDAF 2001, S. 370 f.; BELLANGER/BOVET, Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage?, in: BR/DC 1999, S. 164 ff.; sowie BR/DC 1999, S. 139, Nr. S20, mit Anm. STÖCKLI, und S. 141 f., Nr. S27, mit Anm. ZUFFEREY; ZUFFEREY, Les marchés publics dans la construction – "Cinq ans après", in: BRT (f) 2001, Freiburg 2001, S. 16 ff.

<sup>6</sup> RODONDI, Les critères d'aptitude et les critères d'adjudication dans les procédures de marchés publics, in: RDAF 2001, S. 408 ff.

Know-hows zurückzutreten", was das Bundesgericht sodann (in kritikwürdiger Weise)<sup>7</sup> auf die Spitze treibt, wenn es festhält, dass diese Schranken "selbstverständlich auch in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren zu beachten" sind (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 2c/bb).

- dem **Ermessen der Vergabebehörden**: Der "Submissionsbehörde ... kommt bei öffentlichen Beschaffungen ein grosser Ermessensspielraum" zu, weshalb "sich das Bundesgericht bei der materiellen Überprüfung eines Vergebungsentscheids grosse Zurückhaltung auferlegt" (BGr. 31. Mai 2000 [2P.342/1999], E. 5b; vgl. auch: BGE 125 II 98 E. 6<sup>8</sup>; BGr. 12. Oktober 2001 [2P.175/2001], E. 2b).
- der **Rechtswirkung der staatsrechtlichen Beschwerde**: "Mit der staatsrechtlichen Beschwerde kann regelmässig nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt werden" (Grundsatz der kassatorischen Natur dieses Rechtsmittels)<sup>9</sup>. Hat das Gemeinwesen den Vertrag aber schon abgeschlossen, sieht Art. 9 Abs. 3 BGBM vor, "dass das Bundesgericht im Falle, dass sich die Beschwerde als begründet erweist, feststellen kann, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt" (BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 1b; BGE 125 II 96 E. 5a Pra 88 576 E. 5a; BGr. 6. November 2000 [2P.122/2000], E. 1c; BGr. 23. Juni 2000 [2P.177/1999], E. 1c).
- dem **Beschaffungsvertrag**: Ein Vertrag, der "dans le cadre d'un marché public" abgeschlossen wird, ist noch immer privatrechtlicher Natur, dies im Unterschied etwa zur Sondernutzungskonzession (BGE 125 I 214 E. 6b Pra 2000 885 E. 6b).<sup>10</sup> Und: Die "Gültigkeit des [mit dem ausgewählten Bewerber abgeschlossenen] Vertrages [wird] durch die Gutheissung der Beschwerde eines Konkurrenten nicht berührt" (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 1c ZBl 2001, S. 217; auch: BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 2b; BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 2b), wobei in diesem Fall die aufschiebende Wirkung offenbar entweder gar nicht beantragt oder zwar beantragt, in der Folge aber nicht gewährt oder wieder entzogen wurde.<sup>11</sup>

2. Urteile des Bundesgerichts haben einen besonderen Stellenwert, schon weil sie letztinstanzlich sind. Im Übrigen hängt ihre Leitkraft wesentlich auch von den Eigenheiten des Rechtsmittels ab, das im konkreten Fall vor Bundesgericht führte. Steht – wie in Vergabesachen – nur das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde offen, sind dies etwa die hohen Anforderungen an die Beschwerdebegründung, die durch das qualifizierte Rügeprinzip verkörpert werden.

Dies bringt mich dazu, zunächst die Grundzüge des schweizerischen Vergabe-Rechtsschutzes darzustellen und dort auch auf das Rügeprinzip und die Kognition des Bundesgerichts einzugehen (II.), soweit dies alles hier von Bedeutung ist. Dann nehme ich mir fünf ausgewählte Fragen vor, mit denen sich auch das Bundesgericht auseinanderzusetzen hatte und die bis auf eine (jene der Beschwerdelegitimation, Ziff. III./E) immer auch zum Transparenz- und zum Gleichbehandlungsgebot zurückführen (III.).

<sup>7</sup> Gerade anders als das Bundesgericht VGr. ZH 12. September 2001 [VB.2001.00095], insb. E. 3; siehe dazu auch Anm. 37.

<sup>8</sup> In Pra 2000 577 E. 6, wo sich dieses Urteil übersetzt findet, wird dieser Passus unterdrückt.

<sup>9</sup> Dazu etwa: HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 2042 ff.; KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 362, 397 ff. und insb. 402.

<sup>10</sup> Siehe etwa: GAUCH, Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz, in: recht 1997, S. 173; GAUCH/STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 70; MICHEL, Droit public de la construction, Freiburg 1996, Rz. 1872.

<sup>11</sup> Siehe Art. 9 Abs. 3 BGBM; COTTIER/WAGNER, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM), in: AJP 1995, S. 1590; und zudem: CARRON/FOURNIER, La protection juridique dans la passation des marchés publics, Freiburg 2002, S. 95 und 104; CLERC, Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics, in: AJP 1997, S. 804 ff.; GAUCH, Zur Nichtigkeit eines verfrüht abgeschlossenen Beschaffungsvertrages, in: BR/DC 1998, S. 119 ff.

## II. Rechtsquellen, Instanzen und Rechtsmittel

### A Die Rechtsquellen

1. Im Folgenden setze ich die Systematik des geltenden Vergaberechts als bekannt voraus<sup>12</sup> und beschränke mich auf einige wenige **Bemerkungen zu neuen und zu teilrevidierten Erlassen**, die in absehbarer Zukunft in Kraft treten werden:

a) Das *bilaterale Abkommen* zwischen der EG und der Schweiz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 1999.<sup>13</sup> Dieses Abkommen ist vor allem auf eine reziproke [5] Erweiterung des Geltungsbereichs angelegt, und dies in zweifacher Hinsicht:

- Zum einen haben sich in der Schweiz fortan auch die "Behörden und öffentlichen Stellen auf Bezirks- und Gemeindeebene" (Art. 2 Abs. 1 des Abkommens) an die Vorschriften des GPA zu halten, was allerdings nur im Verhältnis zu Anbietern aus der Gemeinschaft gilt<sup>14</sup>, die insoweit Gegenrecht hält (Art. 1 des Abkommens).
- Und zum andern werden weitere Sektoren gegenseitig geöffnet, so namentlich die Telekommunikation, der Schienenverkehr und der Bereich der Energieversorgung, wobei diese Öffnung nicht durch eine Ausweitung des GPA, sondern in der Weise bewerkstelligt wird, dass die betroffenen Auftragsvergaben jenen Regeln unterliegen, die sich im bilateralen Abkommen selber finden.<sup>15</sup> Eine Besonderheit stellt die sogenannte Ausklinkklausel dar, die von vornherein nur von den neu unterstellten Sektorenunternehmen angerufen werden kann.<sup>16</sup>

Dass sich auch in diesem Vertrag – nicht anders als im GPA und in der IVöB (Art. 16 Abs. 3 IVöB; siehe auch BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 1) – direkt anwendbare Bestimmungen finden, halte ich zwar für offensichtlich. So enthält er etwa die (hierzulande bekannte) Vorschrift, nach der „entweder das wirtschaftlich günstigste Angebot ... oder ausschliesslich der niedrigste Preis“ (Art. 4 Abs. 1 lit. e) über den Zuschlag entscheidet.<sup>17</sup> Doch dürfte die Frage des "self-executing" praktisch von nur untergeordneter Bedeutung sein, nachdem zumindest die (wenigen) materiellrechtlichen Vorschriften (Art. 4 f.) im schweizerischen Vergaberecht ihren festen Platz schon haben.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Vergleiche dazu namentlich den Rechtsquellenband des INSTITUTES FÜR SCHWEIZERISCHES UND INTERNATIONALES BAURECHT, Das Vergaberecht der Schweiz, Rechtsgrundlagen mit Rechtsprechung, der im Frühjahr 2002 in 5. Auflage erscheint.

<sup>13</sup> Siehe etwa: BIAGGINI, Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, in: THÜRER/WEBER/ZÄCH, Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Zürich 2002, S. 307 ff.; DANIOTH/HALTER/LANG, Das bilaterale Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, in: BR/DC 1999, S. 61 ff.

<sup>14</sup> Siehe die entsprechende Erklärung der Schweiz in der Schlussakte des bilateralen Abkommens.

<sup>15</sup> Diese besonderen Regeln sind im Kapitel II des Abkommens (Art. 3 – 5) untergebracht und betreffen namentlich die Schwellenwerte, die Vergabeverfahren und den Rechtsschutz; sie werden in der (revidierten) VoeB und im (revidierten) Konkordat umgesetzt.

<sup>16</sup> Dem Vernehmen nach hat das zuständige Departement die entsprechenden (vorzeitigen) Gesuche inzwischen behandelt, so dass die praktische Bedeutung der Ausklinkklausel inskünftig unabhängig davon, dass sie erst noch in Kraft treten muss, gering sein wird. Zur Ausklinkklausel und zu weiteren Einzelheiten vgl. STÖCKLI, in: BR/DC 2001, S. 164 f.

<sup>17</sup> Als direkt anwendbar wird im erläuternden Bericht zur Revision der VoeB vom 19. Juli 2001 auch die in Art. 3 Abs. 5 des bilateralen Abkommens verankerte Ausklinkklausel qualifiziert, wobei "das Vorhandensein einer direkt anwendbaren materiellen Norm nicht [ausschliesst], dass es zu ihrer Umsetzung gewisse Verfahrensbestimmungen braucht" (S. 7). Das Ausklinkverfahren wird durch Art. 2<sup>bis</sup> revVoeB sowie durch eine Departements-Verordnung des UVEK geregelt, die auch für die Befreiung kantonaler Auftraggeberinnen massgeblich ist (siehe Art. 4 Abs. 2 lit. c<sup>bis</sup> revIVöB). Vgl. auch RPW 2001, S. 622 f.

<sup>18</sup> So auch BIAGGINI, zit. in Anm. 13, S. 363.

b) Die *teilrevidierte Vergabeverordnung* des Bundes (VoeB). Sie setzt das bilaterale Abkommen um, soweit es etwa um die Unterstellung zusätzlicher Sektoren, die Regelung zusätzlicher Schwellenwerte und um die Ausklinkklausel geht. Die revidierte Verordnung wurde Ende 2001 vom Bundesrat verabschiedet und tritt mit dem bilateralen Abkommen in Kraft.<sup>19</sup>

c) Das *teilrevidierte Vergabek Konkordat* der Kantone (revIVöB). Die Revision, die durch das bilaterale Abkommen bedingt ist und zudem die kantonalen Schwellenwerte harmonisiert, wurde am 15. März 2001 als Beitrittsvorlage zu Händen der Kantone verabschiedet. Solange nicht sämtliche Kantone es ratifiziert und (soweit erforderlich) in kantonales Recht umgesetzt haben, laufen altes und revidiertes Konkordat insoweit parallel, als das Verhältnis zwischen den Beitrittskantonen und solchen Kantonen, die dem revidierten Konkordat noch nicht beigetreten sind, weiterhin vom bisherigen Konkordat beherrscht wird.<sup>20</sup>

2. Dazu kommen **weitere Erlasse**, die im Gesetzgebungsverfahren noch nicht so weit vorgedrungen sind, dass ihr Inkrafttreten schon abzusehen wäre. Diese weiteren Erlasse sind zwar nicht vergabespezifisch, werden aber doch auch auf das Vergaberecht ausstrahlen, weshalb ich sie hier erwähne: Das Kartellgesetz, das mit direkten Sanktionen ausgestattet werden soll<sup>21</sup>, und (längerfristig) ein Bundesgesetz, das die Zertifizierung elektronischer Signaturen regelt.

## B Instanzen und Rechtsmittel

1. Verfügungen in Vergabesachen müssen **gerichtlich überprüft** werden können (Art. XX GPA; Art. 9 BGBM). Diese Vorgabe wurde in der Schweiz bekanntlich mehrspurig umgesetzt<sup>22</sup>:

a) Entscheide der Auftraggeberinnen, die unter *Bundesrecht* fallen, können vor die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) getragen werden. Deren Urteile sind letztinstanzlich und auch mit Beschwerde an das Bundesgericht nicht anfechtbar. Und gegen bestimmte Vergabeentscheide soll überhaupt kein Rechtsmittel (auch nicht an die BRK) gegeben sein, was der Verordnungsgeber dadurch bewerkstelligte, dass er diesen Entscheiden kurzerhand den Verfügungscharakter absprach (Art. 39 VoeB) und sie so immunisierte.<sup>23</sup>

b) Anders steht gegen Verfügungen der Auftraggeberinnen, die *kantonalem oder kommunalem Recht* unterstehen, die Beschwerde an das zuständige kantonale Verwaltungsgericht offen<sup>24</sup>, dessen Urteile sich mit staatsrechtlicher Beschwerde vor Bundesgericht ziehen lassen. Dieser Rechtsweg besteht in jedem Fall, was den Kantonen

<sup>19</sup> Der Bund setzt das bilaterale Abkommen mit der EU in der VoeB um, während er sein Gesetz nicht antastet. Die entsprechende Kompetenz fliesst dem Bundesrat aus Art. 2 Abs. 2 BoeB zu.

<sup>20</sup> Vgl. Musterbotschaft vom Juni 2001 zur Revision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen IVöB vom 25. November 1994, S. 4.

<sup>21</sup> Zur Revision des Kartellgesetzes vgl. die bundesrätliche Botschaft vom 7. November 2001.

<sup>22</sup> Dies in Nachachtung unseres föderalen Staatsaufbaus mit dem Resultat, dass das geltende Vergaberecht völlig unübersichtlich und insofern der angestrebten (nationalen, aber auch internationalen) Marktöffnung abträglich ist.

<sup>23</sup> Kritisch zu dieser Fiktion GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, Rz. 509.

<sup>24</sup> Wobei die Kantone teils eine Schlichtungsrunde vorsehen, die zwar zwingend ist, den Gerichtsweg aber nur temporär verbaut. So zum Beispiel die Regelung im Kanton Uri (Art. 45 der Submissionsverordnung).

durch den Bund vorgeschrieben wurde (Art. 9 Abs. 2 BGBM; umgesetzt durch Art. 15 Abs. 1 [6] IVöB und die kantonale Ausführungsgesetzgebung zum Konkordat)<sup>25</sup>.

Der Rechtsschutz, den die Kantone nach dem Willen des Bundesgesetzgebers zu gewähren haben, ist demnach wesentlich umfassender als der Schutz beim Bund, was sich (wie gesagt) schon daran zeigt, dass auf kantonaler Ebene – anders als beim Bund – sämtliche vergaberechtlichen Entscheide anfechtbar und aufgrund der Zuständigkeit auch des Bundesgerichts die Gerichtswege zweistufig sind. Dieser Differenz fehlt zwar die innere Rechtfertigung<sup>26</sup>, doch ist sie als Merkmal des geltenden Rechts hinzunehmen.

c) Dazu kommt neu (und erst mit Inkrafttreten der revidierten VoeB) die subsidiäre Befugnis der paritätischen Überwachungskommission, bei Verletzung internationaler Verpflichtungen unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufsichtsbeschwerde einzureichen (Art. 2<sup>ter</sup> revVoeB).

2. Da Bundesgerichtsentscheide in Vergabesachen stets auf **staatsrechtliche Beschwerde** hin ergehen, will ich im Besonderen zwei Eigenheiten dieses Rechtsmittels in Erinnerung rufen: die hohen Anforderungen an die Substantiierung der Beschwerde (nachstehend a) und die beschränkte Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts selbst in Fällen, in denen der Beschwerdeführer mehr als (lediglich) Willkür rügt (nachstehend b).

a) Das *qualifizierte Rügeprinzip*<sup>27</sup>, das sich aus Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ergibt, umschreibt das Bundesgericht in ständiger Praxis wie folgt:

*"Das Bundesgericht untersucht nicht von Amtes wegen, ob ein kantonaler Hoheitsakt verfassungsmässig ist, sondern prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte und, soweit möglich, belegte Rügen ... Der Beschwerdeführer hat sich mit der Begründung im angefochtenen Entscheid im Einzelnen auseinander zu setzen und zu erklären, welches geschriebene oder ungeschriebene verfassungsmässige Individualrecht verletzt worden sein soll. Auf bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik tritt das Bundesgericht nicht ein"* (BGr. 18. Oktober 2001 [2P.153/2001 und 2P.154/2001], je E. 1b; so oder sinngemäss auch: BGr. 2. Juli 2001 [2P.66/2001], E. 1c; BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 1c; BGr. 13. Februar 2001 [2P.231/2000], E. 2c; grundlegend BGE 110 Ia 1 E. 2).<sup>28</sup>

Aus dem Rügeprinzip ergibt sich weiter, dass der Beschwerdeführer, wo ein kantonales Verwaltungsgericht für seinen Entscheid gerade mehrere, voneinander unabhängige Begründungen anführt, sämtliche Begründungen des vorinstanzlichen Entscheids rechtsgenügend anzugreifen hat (BGr. 2. Oktober 2001 [2P.196/2001], E. 1a sowie BGr. 15. Februar 1999 [2P.263/1998], E. 2b).<sup>29</sup> Umgekehrt reicht es, wenn der

<sup>25</sup> Auf die Verfahrensgarantien gemäss Art. 9 BGBM können sich nicht nur ortsfremde, sondern auch ortsansässige Anbieter berufen (BGE 125 I 410 E. 2d), während nur "dem Ortsfremden ... die spezifischen Beschwerdegründe des BGBM zur Verfügung stehen" (GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, Rz. 613); siehe auch BGE 125 I 490 E. 4f; kritisch BOVET, Contentieux AIMP et LMI, in: BR/DC 2000, S. 51.

<sup>26</sup> Insbesondere lässt sie sich auch nicht damit erklären, dass beim Bund das Bedürfnis nach rascher Konfliktbeseitigung in der Sache ausgeprägter sei als in den Kantonen, zumal die (kumulierten) kantonalen und kommunalen Beschaffungen die Beschaffungen des Bundes wertmässig und damit hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Bedeutung bei Weitem übertreffen.

<sup>27</sup> Allgemein: GALLI, Die rechtsgenügende Begründung der staatsrechtlichen Beschwerde, in: SJZ 1985, S. 121 ff.; HÄFELIN/HALLER, zit. in Anm. 9, Rz. 2032 f.; KÄLIN, zit. in Anm. 9, S. 364 ff.

<sup>28</sup> Zu den Anforderungen an die Substantiierung einer Willkürbeschwerde im Besonderen siehe BGr. 23. Juni 2000 (2P.177/1999), E. 1d, 2c.

<sup>29</sup> KÄLIN, zit. in Anm. 9, S. 368.

Beschwerdeführer mit einer seiner Rügen durchdringt, ohne dass das Bundesgericht dann auf seine weiteren Rügen noch eingehe.

b) Was die Kognition<sup>30</sup> und deren Beschränkung anbelangt, prüft das Bundesgericht die Auslegung der Konkordats- und Staatsvertragsbestimmungen sowie des Binnenmarktgesetzes zwar grundsätzlich frei (vgl. z.B.: BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 2e; BGE 125 II 98 E. 6 Pra 88 577 E. 6). Doch gilt auch, dass sich das Gericht bei

*"der materiellen Beschränkung eines Vergebungsentscheids ... grosse Zurückhaltung [auferlegt]. Das versteht sich von selbst, wo lediglich der Beschwerdegrund der Willkür in Frage steht; das Bundesgericht muss jedoch den Spielraum, welcher den zuständigen kantonalen Instanzen bei solchen Bewertungen zusteht, auch dann respektieren, wenn es um die Handhabung von unbestimmten Normen des Konkordats- und Staatsvertragsrechts geht"* (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 3d Pra 2000 800 E. 3d).

Dies verdeutlicht das Gericht in einem späteren Urteil dahingehend, dass seine Kognition "bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien ... praktisch auf Willkür beschränkt" ist (BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 1c; BGE 125 II 99 E. 6 Pra 88 578 E. 6; BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 2c, 5). Soweit es also um die Anwendung von Zuschlagskriterien geht, hält das Bundesgericht sich selbst dann zurück, wenn der Beschwerdeführer die Verletzung des GATT/WTO-Übereinkommens (GPA) oder des einschlägigen Konkordatsrechts (IVöB) geltend macht<sup>31</sup>, und greift erst ein, wenn die Zuschlagsverfügung "an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet" (BGr. 18. Oktober 2001 [2P.154/2001], E. 1b).

3. Mit **beschränkter Prüfungsbefugnis der anderen Art** hat man es zu tun, wenn das Bundesgericht ausführt, dass "insbesondere bei der Vergabung umfangreicher und komplexer öffentlicher Arbeiten gewisse Unregelmässigkeiten kaum zu vermeiden sind" (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 3b ZBl 2001, S. 219). An diese Erkenntnis – die in der Sache gewiss richtig ist – knüpft das Bundesgericht die Rechtsfolge, dass "nicht jede Unregelmässigkeit, sondern nur Fehler von erheblichem Gewicht zu einer Aufhebung des Zuschlags führen können" (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 3b ZBl 2001, S. 219; vgl. auch BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 5). Die Fehlertoleranz, die das Bundesgericht damit an den Tag legt, läuft der Formenstrenge, die das geltende Vergaberecht beherrscht, entgegen und kollidiert mit dem Erfordernis eines wirksamen Rechtsschutzes. Zudem stellt sie den verletzten Anbieter und dessen Rechtsvertreter vor die heikle Aufgabe, im konkreten Fall zu prognostizieren, ob die Schwelle der Erheblichkeit erreicht ist und es sich rechtfertigt, ein Rechtsmittel einzulegen.

<sup>30</sup> HÄFELIN/HALLER, zit. in Anm. 9, Rz. 2036 ff.; KÄLIN, zit. in Anm. 9, S. 157 ff., insb. 173 und 204 f.

<sup>31</sup> Grundsätzlich prüft das Bundesgericht eine Beschwerde, mit der die Verletzung von Staatsverträgen und von Konkordaten gerügt wird, mit freier Kognition (KÄLIN, zit. in Anm. 9, S. 193).

### III. [7] Fünf ausgewählte Praxisfragen

1. In seiner neuen Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht des Vergaberechts in beachtlicher Breite angenommen und wichtige Praxisfragen entschieden (siehe vorstehend Ziff. I.). Immer wieder hat das Gericht auf die zentralen *Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz* zurückgegriffen und durch seine Urteile deren Inhalt konkretisiert, ohne in jedem Fall auf eine spezielle Rechtsvorschrift abstellen zu können, die es bei der Konkretisierung geleitet hätte.
2. Dass in Vergabesachen die Auseinandersetzung häufig im Grundsätzlichen liegt, erschwert zwar die vernünftige Einschätzung der Prozesschancen und erzeugt Rechtsunsicherheit; allerdings bleibt so mehr Raum für Urteilskritik. Im Folgenden untersuche ich fünf Praxisfragen, die das Bundesgericht entschieden hat: die Frage nach dem Zweck des Vergaberechts (III./A), nach der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (III./B), der nachträglichen Projektänderung (III./C) sowie der Korrektur von Offertfehlern (III./D) und schliesslich die prozessrechtliche Frage der Beschwerdelegitimation (III./E).

#### A Zum Zweck des Vergaberechts

1. Wer sich für den Zweck des Vergaberechts interessiert, hat im Regelungsbereich der Kantone bei **Art. 1 IVöB** anzusetzen, der auch in seiner revidierten Fassung die Zweckbestimmung enthält. Ausdrücklich genannt werden dort die Wettbewerbsförderung, die Gleichbehandlung, die Unparteilichkeit, die Transparenz und die Wirtschaftlichkeit (Art. 1 Abs. 3 revIVöB), wobei diese Liste offen ist<sup>32</sup> und – ebensowenig wie Art. 1 BoeB auf Bundesebene – auch nicht regelt, in welchem Verhältnis die einzelnen Zweckvorgaben zueinander stehen. An sich können diese Vorgaben sich gegenseitig konkurrenzieren: Etwa mag das Wirtschaftlichkeitsgebot auf die Gleichbehandlung prallen oder die Transparenz dem Vertraulichkeitsgebot (Art. 11 lit. g IVöB) in die Quere kommen.<sup>33</sup> In der Vergabepaxis akzentuieren sich diese potentiellen Zweckkonflikte indes kaum, was auch damit zu tun hat, dass sie teils durch Einzelschriften entschieden worden sind, die die allgemeinen Zweckvorgaben umsetzen.
2. Tauchen sie aber auf, sind sie zu lösen. Das Bundesgericht hat die **Zweckvorgaben linear geordnet** und Folgendes entschieden:
  - a) "*L'objectif [de la nouvelle réglementation sur les marchés publics] est donc de permettre aux pouvoirs publics de se procurer aux meilleures conditions possible sur le marché libre les biens et les services dont ils ont besoin, c'est-à-dire de dépenser de manière rationnelle les fonds publics*" (BGE 125 I 214 E. 6b Pra 2000 885 E. 6b). Oder auch: "*La nouvelle réglementation sur les marchés publics a notamment pour but essentiel d'améliorer la transparence des procédures de passation des marchés ..., de manière à garantir une authentique concurrence entre les soumissionnaires et partant à permettre une utilisation*"

<sup>32</sup> Etwa spielt das Vergaberecht auch eine Rolle in der Prävention gegen Korruption, vgl. z.B. CESONI, in: QUELOZ/BORCHI/CESONI (Hrsg.), *Processus de corruption en Suisse*, Basel 2000, S. 123 ff.; vgl. aber auch GAUCH/STÖCKLI, zit. in Anm. 10, S. 69.

<sup>33</sup> Weitere Gebote, welche die Beschaffungen der öffentlichen Hand verteuern und so mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot kollidieren, sind etwa der Teilverzicht auf Abgebotsrunden (Art. 11 lit. c IVöB) und der Rechtszwang zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen (Art. 11 lit. e IVöB), aber auch die Berücksichtigung von Anstrengungen im Bereich der Lehrlingsausbildung beim Zuschlag, die zwar nicht im Konkordat, aber doch in einzelnen kantonalen Vergabeerlassen vorgeschrieben ist (vgl. z.B. § 5 Abs. 4 LU-Gesetz).



*parcimonieuse des deniers publics. La concurrence permet la comparaison des prestations et de choisir ainsi l'offre garantissant un rapport optimal entre le prix et la prestation. Seule une concurrence vraiment efficace assure une utilisation économique des fonds publics"* (BGE 125 II 100 E. 7c Pra 88 579 E. 7c).

b) Vorrang hat demnach der **wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel**. Und wirtschaftliche Beschaffung setzt wirksamen Bieterwettbewerb voraus, der seinerseits durch transparente Vergabeverfahren begünstigt wird. Unerwähnt bleiben die Harmonisierung der Vergabenormen<sup>34</sup> und zudem die Gebote der Gleichbehandlung sowie der unparteiischen Vergabe, die sich aber – wie die Transparenz – auch als Mittel der Wettbewerbsförderung begreifen lassen.<sup>35</sup>

3. Diese **bundesgerichtliche Deutung** des Vergaberechts ist zwar griffig, wobei ich sie doch um Folgendes **ergänzen** möchte. Zunächst sind nicht nur die Anbieter, sondern auch die *Auftraggeberinnen* dem Wettbewerbsgebot ausgesetzt, indem das Vergaberecht dort wettbewerbliche Verhaltensweisen induzieren und so das Fehlen wirksamen Wettbewerbs kompensieren soll. Dies kommt etwa in der Vorschrift zum Ausdruck, dass der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gehen soll (z.B. Art. 13 lit. f IVöB), wie auch in der Ausklinkklausel des bilateralen Abkommens (Art. 3 Abs. 5), nach der bestimmte Auftraggeberinnen, die ihre Dienstleistungen (output) unter Wettbewerbsdruck zu erbringen haben, für ihre korrespondierenden Beschaffungen (input) vom Geltungsbereich des Abkommens ausgenommen sind.<sup>36</sup> Weiter dient das positive Vergaberecht *nicht ausschliesslich der Wettbewerbsgewähr*, was schon die bundesgerichtliche Formel, nach der das geltende Vergaberecht "gleichzeitig die Interessen der Anbieter zu wahren sucht" (BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 1b; BGr. 6. November 2000 [2P.122/2000], E. 1b), belegt. Nach dieser Formel ist die Vergabeseite<sup>37</sup> auf rechtsstaatliche Prinzipien verpflichtet, die für einen privaten Nachfrager unbeachtlich sind. Und schliesslich unterschläg [8] eine strikt wettbewerbsorientierte Deutung, dass das positive Vergaberecht schon aufgrund der in viele Richtungen diversifizierten Schwellenwerte *keine geschlossene Einheit* darstellt, sondern in verschiedene Teilordnungen zerfällt, in denen es (je nach vergaberechtlicher Teilordnung) zulässig sein kann, etwa Preisverhandlungen zu führen oder in freihändiger Vergabe den ortsansässigen Anbieter zu favorisieren<sup>38</sup>.

## B Zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien

<sup>34</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 IVöB (= Art. 1 Abs. 2 revIVöB) sowie die Präambel zum GPA, derzufolge der Staatsvertrag auf die Schaffung effizienter Rahmenbedingungen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens angelegt ist.

<sup>35</sup> So TERCIER, *La libéralisation du marché de la construction*, in: BRT (f) 1997, Freiburg 1997, S. 16.

<sup>36</sup> Siehe dazu auch die bundesrätliche Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999 (Sonderdruck, S. 78 f.): "Bei Vorliegen einer ... Wettbewerbssituation erachten es die Vertragsparteien als genügend gewährleistet, dass die Beschaffung nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen wird. Es besteht kein Bedarf mehr nach staatlicher Regulierung."

<sup>37</sup> Aber auch die Nachprüfungsinstanzen, was gerade das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 2. März 2000 (2P.247/1999) E. 2 Pra 2000 796 E. 2 übersah, als es das strenge Vertraulichkeitsgebot, das im (erstinstanzlichen Vergabeverfahren) zu beachten ist (siehe Art. 11 lit. g IVöB), auf das Rechtsmittelverfahren ausdehnte und einen kantonalen Entscheid schützte, der dem Beschwerdeführer die Einsicht auch in für ihn nachteilige entscheidungswesentliche Akten ohne die sonst erforderliche Interessenabwägung und somit generell verweigerte. Ausdrücklich anders als das Bundesgericht VGr. ZH 12. September 2001 (VB.2001.00095) E. 3 (für eine eingehende Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Praxis). Vgl. auch: GAUCH, in: BR/DC 1999, S. 60, Anm. zu Nr. S19; STÖCKLI, in: BR/DC 1999, S. 150, Anm. zu Nr. S54.

<sup>38</sup> Anders: HAUSER, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, in: AJP 2001, S. 1419, der dort das Wirtschaftlichkeitsgebot aber nicht aus Vergaberecht herleitet, sondern als Instrument sieht, den schweizerischen Binnenmarkt zu öffnen; SCHERLER, *Verfahrensprinzipien unterhalb der Schwellenwerte*, in: BR/DC 2000, S. 53.

1. Die Zuschlagskriterien sind den Anbietern in der Ausschreibung (oder den Ausschreibungsunterlagen)<sup>39</sup> **vorgängig bekannt zu geben**, und zwar in der Reihenfolge ihrer Bedeutung. Diese Regel, die das allgemeine Transparenzgebot konkretisiert, ist durchweg positivrechtlich verankert (siehe für den Bund Art. 21 Abs. 2 BoeB) und von der Rechtsprechung anerkannt (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 4d; BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 3e; grundlegend 125 II 101 E. 7c Pra 88 579 E. 7c). Die vorgängige Bekanntgabe hat einen mehrfachen Zweck: Erstens zwingt sie die Vergabeseite, sich über den anstehenden Beschaffungsbedarf spätestens mit der Ausschreibung (bzw. den Ausschreibungsunterlagen) klar zu werden. Zweitens offerieren Anbieter bedarfsgerechter, wenn sie wissen, welchen Merkmalen der ausgeschriebenen Leistung die Auftraggeberin welchen Wert beimisst (vgl. BGE 125 II 101 E. 7c Pra 88 579 E. 7c). Drittens schützt die vorgängige Bekanntgabe die Anbieter vor vergabeseitiger Manipulation, die sonst etwa darin bestünde, zum Schaden der übrigen Anbieter die Bewertungskriterien der gerade favorisierten Offerte anzupassen (vgl.: BRK 1. September 2000 [009/2000], E. 2b VPB 65.11 E. 2b; BRK 27. Juni 2000 [005/2000], E. 4a VPB 65.10 E. 4a). Und viertens ermöglicht erst sie eine wirksame gerichtliche Nachkontrolle auch von Vergabeentscheiden.

2. Dies alles ist im Grundsätzlichen unbestritten, während sich die Meinungen hinsichtlich der Frage, ob über die blosse Reihenfolge der Zuschlagskriterien hinaus **auch gerade deren prozentuale Gewichtung** vorgängig bekannt zu geben sei, scheiden. Genau besehen, geht es indes weniger um die Bekanntgabe als vielmehr um die *Festlegung* der Kriteriengewichtung, die mit der Ausschreibung sodann (auch) für die Auftraggeberin verbindlich werden soll. Zu dieser Streitfrage hat das Bundesgericht mit einem Entscheid vom 2. März 2000 eine Praxis begründet, die es gut sein lässt, wenn den Anbietern die Reihenfolge der Kriterien offen gelegt wird, und die Bekanntgabe deren prozentualen Gewichtung *nicht* verlangt:

*"Unter dem Gesichtswinkel des Transparenzgebotes genügte die Bekanntgabe der Kriterien für den Zuschlag sowie der Reihenfolge ihrer Bedeutung", wobei das Bundesgericht den Beschwerdeführerinnen vorhielt, dass sie "gegebenenfalls näheren Aufschluss [hätten] verlangen können oder aber die Ausschreibung des Auftrags wegen Unvollständigkeit [hätten] anfechten müssen"* (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 3e Pra 2000 801 E. 3e Semjud 2000 I 547; siehe auch: BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 3b; BGr. 6. November 2000 [2P.122/2000], E. 4b).

Nach dieser Praxis ist die Vergabeseite, was der Entscheid impliziert, nicht verpflichtet, sich mit der Ausschreibung über die Reihenfolge der Zuschlagskriterien hinaus auch auf deren Gewichtung festzulegen. Die Tragweite dieser Praxis ist von vornherein beschränkt, als sie sich – was für Urteile des Bundesgerichts in Vergabesachen überhaupt gilt – nur dort verallgemeinern lässt, wo nicht kantonales Recht die Bekanntgabe auch der Gewichtung ausdrücklich verlangt<sup>40</sup>. Im Übrigen ist sie abzulehnen, da sie das

<sup>39</sup> Bei umfangreichen Beschaffungen schreibt das Bundesrecht den Kantonen ausdrücklich die amtliche Publikation der Zuschlagskriterien vor (Art. 5 Abs. 2 BGBM), was das Bundesgericht indes nicht daran hinderte, die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien erst in den Ausschreibungsunterlagen zuzulassen (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999] E. 3e Pra 2000 801 E. 3e). Dies ist vernünftig und deckt sich mit der Rechtslage beim Bund, der für seine eigenen Beschaffungen die amtliche Publikation der Zuschlagskriterien auch nicht verlangt (siehe VoeB-Anhang 5, Ziff. 6); siehe auch CRAMERI, Das öffentliche Beschaffungswesen aus der Sicht Graubündens, in: ZGRG 1998, S. 136 f.

<sup>40</sup> Ausdrücklich verlangen die Bekanntgabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien zum Beispiel: § 18 Abs. 3 AG-SubmD, Art. 33 Abs. 3 AR-VO, § 22 Abs. 1 BS-Gesetz und Art. 18 lit. c NE-Gesetz.

Transparenzgebot flagrant verletzt, ohne damit ersichtlich ein anderes, rechtlich geschütztes Interesse zu fördern, mit dem das Transparenzgebot kollidierte (vgl. Ziff. III./A).<sup>41</sup>

a) In dem ihr zugewiesenen Spruchbereich (Art. 27 BoeB) zwingt die *Rekurskommission* des Bundes – gerade anders als das Bundesgericht<sup>42</sup> – die Vergabeseite dazu, mit der Ausschreibung (bzw. den Ausschreibungsunterlagen) auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt zu geben, und hebt den Zuschlag auf<sup>43</sup>, wenn eine Auftraggeberin die Bekanntgabe versäumt, und zwar gänzlich ohne Rücksicht darauf, ob "eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung" besteht (BRK 27. Juni [005/2000], E. 4c VPB 65.10 E. 4c). Denn könnte "die Vergabebehörde ... die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erst nachträglich festsetzen, bestünde die Gefahr von Missbrauch und Manipulation von Seiten des Auftraggebers" (a.a.O., E. 4a).

b) Aber selbst das Bundesgericht war augenscheinlich nicht stets der Meinung, schon die blosse Reihenfolge reiche aus. Noch am 20. November 1998 hielt es Folgendes fest: [9]

*"Il convient dès lors d'admettre que le pouvoir adjudicateur est tenu d'énumérer par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en consideration lors de l'évaluation des soumission; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'entre eux, afin de prévenir tout risque d'abus et de manipulations de la part de l'adjudicateur"* (BGE 125 II 101 E. 7c Pra 88 579 E. 7c).<sup>44</sup>

Wird dieser Passus wörtlich genommen, ist den Anbietern neben sämtlichen (Haupt- und Unter-)Kriterien *minimal* ("à tout le moins") deren Gewichtung (in der Übersetzung der Pra 88 579 E. 7c: deren "relative Wichtigkeit") vorgängig offenzulegen<sup>45</sup>, wobei als Zugabe nur noch die Bekanntgabe der Reihenfolge in Frage kommt, die sich aus den Minimalangaben zur Gewichtung allerdings ganz von alleine ergibt.

c) Und schliesslich denkt auch die *Europäische Kommission* darüber nach, ob die Reihenfolge der Zuschlagskriterien allein die erforderliche Transparenz ausreichend zu sichern vermag, wobei sich diese Behörde in ihren Überlegungen von der richtigen Erkenntnis leiten lässt, dass "bei 2 Kriterien eine Rangfolge dazu führen [kann], dass dem ersten Kriterium sowohl ein Wert von 90% als auch von 51% zugeteilt werden kann"<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Siehe: GAUCH/STÖCKLI, zit. in Anm. 10; S. 23; und neuerdings: CARRON/FOURNIER, zit. in Anm. 11, S. 10.; HAUSER, zit. in Anm. 38, S. 1406; RODONDI, zit. in Anm. 6, S. 401 und 404 f.; STÖCKLI, in: BR/DC 2001, S. 64, Anm. zu Nr. S7.

<sup>42</sup> Dass Rekurskommission und Bundesgericht (hier und anderswo) teilweise zu divergierenden Schlüssen kommen, hat auch mit den Rechtsmitteln zu tun, mit denen sie je angerufen werden können. Dazu kommt, dass die Rekurskommission Bundesrecht anwendet, während die Urteile des Bundesgerichts in Anwendung materiellen Rechts der Kantone ergehen. Gleichwohl hat die Divergenz etwas Überraschendes, wenn man bedenkt, dass Bund und Kantone in ihren jeweiligen Kompetenzbereichen die nämlichen Staatsverträge umsetzen.

<sup>43</sup> Und zwar offenbar ohne Prüfung der Frage, ob die mangelnde Bekanntgabe die Zuschlagschancen des Beschwerdeführers tatsächlich beeinträchtigte, dessen Beschwer damit fingiert wird.

<sup>44</sup> Die staatsrechtliche Beschwerde, die zu diesem Urteil geführt hat, richtete sich gegen einen Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Neuenburg, der in seinem Gesetz vom 23. März 1999 ausdrücklich vorsieht, dass auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt zu geben ist (Art. 18 lit. c). Das Urteil des Bundesgerichts erging vor Inkrafttreten dieser kantonalrechtlichen Vorschrift, weshalb das Gericht sich nicht darauf beziehen konnte.

<sup>45</sup> So auch: ESSEIVA, in: BR/DC 1999, S. 146, Anm. zu Nr. S44; HAUSER, zit. in Anm. 38, S. 1410; STÖCKLI, in: BR/DC 2001, S. 64, Anm. zu Nr. S7.

<sup>46</sup> Auszug aus KOM [2000] 275 endg. Auszugsweise wird diese Verlautbarung zitiert von RECHSTEINER, in: BR/DC 2000, S. 135 f.

3. In einem jüngeren Urteil konkretisierte das **Bundesgericht** unter Rückbezug auf den vorstehend zitierten Entscheid vom 20. November 1998 seine einschlägige Praxis durch ein Zugeständnis und zwei wichtige Einzelregeln:

*"Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass die Vergabebehörde nach dem Transparenzgebot nicht nur dazu verpflichtet ist, die entscheidenden Zuschlagskriterien zu nennen, sondern bei der Ausschreibung zudem die Massgeblichkeit der einzelnen Zuschlagskriterien nach ihrer Priorität, d.h. deren relativen Gewichtung, bekannt zu geben"* (BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 2c).

Während dieses Zugeständnis für sich allein noch keine Richtungsänderung indiziert und das Gericht unbeirrt offen liess, "in welcher Form die relative Gewichtung bekannt zu geben ist", stellte es in seinem Urteil doch die zwei folgenden, wichtigen **Einzelregeln** auf (a.a.O., E. 2c):

- (i) *"Wenn die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkret Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen hat ... und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenkt, muss sie dies<sup>47</sup> den Bewerbern zum Voraus bekannt geben."*<sup>48</sup>
- (ii) *"Es ist ihr sodann verwehrt, derart bekannt zu gebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern ..., so beispielsweise die festgelegten Prozentsätze nachträglich zu verschieben."*

Diese Einzelregeln gehen unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots zwar noch immer zu wenig weit: Sie verlangen lediglich, dass eine ohnehin vorhandene Gewichtung verbindlich bekannt gegeben wird, ohne die Vergabeseite dazu anzuhalten, die Gewichtung vorgängig festzulegen. Erst dies aber vermöchte die Manipulationsgefahr in diesem Bereich wirksam einzudämmen. Zudem fragt sich, wo das Bundesgericht die Grenze zwischen unwesentlichen (und damit zulässigen) und wesentlichen nachträglichen Änderungen zieht. Immerhin: Die bundesgerichtlichen Einzelregeln zeitigen wenigstens dann ein richtiges Ergebnis, wenn eine sorgfältige Auftraggeberin am Werk ist, zu deren Vergabeverständnis es gehört, dass schon im Rahmen der Bedarfsanalyse die Wertungskriterien möglichst präzise und damit unter Einschluss auch ihrer Gewichtung definiert werden.

4. Im Übrigen ist denkbar, dass das Bundesgericht **einen Schritt weiter** gehen würde, wenn nur der konkrete Fall, der ihm zugetragen wird, sich dazu eignete. Vage Aussichten darauf bestehen dann, wenn der Anbieter (und nachmalige Beschwerdeführer) im erstinstanzlichen Verfahren zwar nicht die Ausschreibung anfecht, immerhin aber von der Auftraggeberin Aufschluss über die (fehlende) Gewichtung der Zuschlagskriterien verlangt. Dieser Ausweg findet sich in einem bundesgerichtlichen Urteil angedeutet (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 3e Pra 2000 801 E. 3e Semjud 2000 I 547[vorstehend B/2]), ohne dass mit Bestimmtheit feststünde, dass das Bundesgericht ihn begehen und eine dritte Einzelregel schaffen würde, nach der die Gewichtung jedenfalls immer dann vorgängig festzulegen ist, wenn sich ein Anbieter bei der Auftraggeberin danach erkundigt.

<sup>47</sup> Die Wortwahl des Bundesgerichts ist insofern missverständlich, als streng dem Wortlaut nach nur eine Absicht, nicht auch der Kriterienapparat offen zu legen ist. Diesem Verständnis steht aber die zweite Einzelregel entgegen, die klar auf der Offenlegung aufbaut.

<sup>48</sup> So auch GALLI, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in: BR/DC 1999, S. 138.

## C Zur Projektänderung nach der Ausschreibung

1. Vergaberechtlich gesehen ist es die Auftraggeberin, die bestimmt, "ob und wann [sie] welche Arbeit vergeben will" (BGr. 2. März 2000 [2P.282 /1999], E. 3a)<sup>49</sup>, was bestätigt, dass der Vergabeseite ungeachtet aller Reglementierung ein **weiter Handlungsspielraum** verbleibt, der gerade auch bei der Definition des Beschaffungsbedarfs zum Tragen kommt.<sup>50</sup> Von diesem Handlungsspielraum macht die Auftraggeberin Gebrauch, indem sie in der Ausschreibung (und den Ausschreibungsunterlagen) nach Gegenstand und Umfang bekannt gibt, was sie zu beschaffen beabsichtigt, und damit die Offertgrundlage schafft.

2. Nach einer (fragwürdigen)<sup>51</sup> Rechtsprechung des Bundesgerichts erwächst die Ausschreibung, die nicht fristgerecht [10] angefochten wird, in Rechtskraft mit der Folge, dass die Anbieter sie fortan nicht mehr angreifen können (BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 3a; BGE 125 I 207 E. 3a). Noch immer stellt sich dann die Frage, ob die Auftraggeberin (anders als die Anbieter) berechtigt ist, auf ihre Ausschreibung zurückzukommen und das ausgeschriebene **Projekt nachträglich abzuändern**, ohne das laufende Verfahren abbrechen und den Auftrag neu ausschreiben zu müssen (vgl. § 32 Abs. 2 lit. c VRöB).

3. Das **Bundesgericht** hatte einen Änderungsfall zu entscheiden, in dem eine Vergabestelle nach der Offertöffnung einseitig auf eine ausgeschriebene, wertmässig untergeordnete Position verzichtete und entsprechend die Position im Leistungsverzeichnis strich. Das Gericht hielt dieses Vorgehen ("grundsätzlich") für unzulässig, was es wie folgt begründete:

*"Das Leistungsverzeichnis bildet Teil der Ausschreibungsunterlagen und ist (auch) für den Auftraggeber verbindlich. Eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses, etwa wie hier durch einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position, ist deshalb grundsätzlich unzulässig. Das ergibt sich schon – auch ohne ausdrückliche Submissionsvorschrift – aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens"* (BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 4c).

Zudem wies das Bundesgericht auf die Gefahr vergabeseitiger Manipulationen sowie die "interne Kalkulationsfreiheit" der Anbieter hin, die besteht, weil für den Zuschlag praktisch nicht die Einzelpositionen, sondern "der offerierte Gesamtpreis" massgebend ist, und die sich (was das Bundesgericht nicht explizit ausführte) darin äussert, dass die Anbieter in der Verteilung ihrer Kosten- und Ertrags Elemente auf die Einzelpositionen frei sind.

4. Im Grundsatz, den das Bundesgericht aus dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot gewinnt, sollen damit nachträgliche Projektänderungen unzulässig sein. Ich selber stehe diesem Grundsatz *kritisch* gegenüber. Ausgangspunkt der Kritik ist die praktische Erfahrung, dass es aus plausiblen Gründen angezeigt sein kann, ein ausgeschriebenes Projekt nachträglich abzuändern.<sup>52</sup> Sicher ist dem Bundesgericht darin

<sup>49</sup> Vgl. auch ZUFFEREY, zit. in Anm. 5, S. 29.

<sup>50</sup> Der sich nicht nur hier, sondern etwa auch manifestiert, wenn es an die Bewertung der Angebote geht.

<sup>51</sup> Wie das Bundesgericht etwa: VGr. LU 25. August 2000 (V 00 52) und OGr. UR 14. Juli 2000 (OG V 00 28); BRK 5. Juli 2001 [003/2001], E. 3b VPB 65.94, E. 3b); sowie: CLERC, zit. in Anm. 1, S. 502; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, Rz. 503; MICHEL, zit. in Anm. 10, Rz. 2015. Gegenteilig (für das kantonale Recht): VGr. ZH, 16. April 1999 [VB.98.00416], in: BR/DC 1999, S. 147 f., Nr. S49, wo aber der Grundsatz von Treu und Glauben vorbehalten wird (E. 3c/bb). Kritisch auch: ESSEIVA, in: BR/DC 1999, S. 146 ff., Anm. zu Nr. S45 – S51; HAUSER, zit. in Anm. 38, S. 1420; STÖCKLI, in: BR/DC 2001, S. 67 f., Anm. zu Nr. S15 f. Differenzierend: CARRON/FOURNIER, zit. in Anm. 11, S. 58 und 74 ff.

<sup>52</sup> So auch RECHSTEINER, Modifikation, in: BR/DC 2000, S. 122, der dort aber die Projektänderung nach dem Zuschlag abhandelt, während es hier um die Rechtslage bei Projektänderungen vor dem Vergabeentscheid geht.

zuzustimmen, dass Gleichbehandlung und Transparenz in Frage stehen. Vor diesem Hintergrund ist jedoch zwischen **wesentlichen und unwesentlichen Projektänderungen** zu unterscheiden:

a) Ist die *Projektänderung* sachlich geboten und zudem *wesentlich*, liegt darin ein wichtiger Grund (vgl. Art. 13 lit. i IVöB), aus dem die Auftraggeberin das Verfahren wiederholen kann. Dies wird etwa in den Vergaberichtlinien<sup>53</sup> ausdrücklich festgehalten (§ 32 Abs. 2 lit. c VRöB). Diese (Muster-)Norm<sup>54</sup> ist zwar als Kann-Vorschrift abgefasst<sup>55</sup>, doch hat die Auftraggeberin bei wesentlicher Projektänderung das Verfahren zwingend zu wiederholen, verfügt insoweit also über kein Ermessen. Diese Lösung rechtfertigt sich im Interesse eines wirksamen Bieterschutzes, der auf die potentiellen Anbieter auszudehnen ist; rechtstechnisch setzt sie ein Verständnis der wesentlichen Projektänderung voraus, bei dem als angemessene Rechtsfolge nur die Wiederholung des Verfahrens in Frage kommt (nachstehend 5b).

b) Ist die *Projektänderung* zwar sachlich geboten, aber *unwesentlich*, kann sie – soweit nicht kantonales Recht einer "Änderung des Leistungsinhalts" überhaupt entgegensteht – *vor dem Eingabetermin* jedenfalls nur dann erfolgen, wenn die Auftraggeberin sie den potentiellen Anbietern gleichzeitig und mindestens in jener Form bekannt gibt, welche sie schon für die Ausschreibung einzuhalten hatte<sup>56</sup> (vgl. Art. 16 Abs. 3 VoeB), und überdies die Frist für die Einreichung der Angebote nach Massgabe der Komplexität der Änderung erstreckt.

*Nach der Offertöffnung* kann eine unwesentliche Projektänderung einzig dann vorgenommen werden, wenn sämtliche Anbieter, deren Offerten nach Massgabe der Ausschreibung in das Wertungsverfahren einzubeziehen wären<sup>57</sup>, der Änderung in Kenntnis der Sachlage (im Rahmen von Verhandlungen, vgl. Art. XIV Abs. 4 lit. b, c GPA) ausdrücklich zustimmen. Dies setzt zum Mindesten voraus, dass die Anbieter: (i) in einer Weise informiert werden, dass sie auch die preislichen Auswirkungen der Änderung auf die anderen Offerten abschätzen und so Missbräuchen vorbeugen können; und (ii) sie ausreichend Zeit erhalten, nicht nur – im Falle einer Ausweitung des Projekts – den hinzugefügten Projektteil, sondern (sowohl bei der Projektweiterung als auch bei teilweisem Projektverzicht) ihre gesamte Offerte neu zu rechnen, was der auch vom Bundesgericht anerkannten "internen Kalkulationsfreiheit" der Anbieter Rechnung trägt. Dass dieses Vorgehen neue Missbräuche begünstigen kann, ist offensichtlich, wobei ich der Meinung bin, dass der Gefahr mit dem bieterseitigen Zustimmungsvorbehalt wirksam Rechnung getragen wird.

<sup>53</sup> An diese Richtlinien sind die Kantone bei der Umsetzung des Konkordates allerdings nicht gebunden. Verbindlich ist (im vorliegenden Zusammenhang) immerhin Art. 13 lit. i IVöB, der die Wiederholung eines Vergabeverfahrens nur dann zulässt, wenn (für die Wiederholung) wichtige Gründe vorliegen.

<sup>54</sup> Die Vergaberichtlinien, die zur Zeit bereinigt werden, liegen lediglich als Vorarbeit vor, während das Interkantonale Organ von seiner Richtlinienkompetenz, die ihm auch das revidierte Konkordat zuweist (Art. 4 Abs. 2 lit. b revIVöB), bislang keinen Gebrauch gemacht hat.

<sup>55</sup> Was sich mit Art. 30 Abs. 3 VoeB deckt.

<sup>56</sup> Offen ist, ob (wie gegen die Ausschreibung) auch gegen diese Bekanntmachung Beschwerde geführt werden kann. Ich selber hege keine Zweifel, dass die Beschwerde zuzulassen ist, und zwar schon deshalb, weil die Bekanntmachung sich funktionell von der Ausschreibung in nichts unterscheidet.

<sup>57</sup> Der Entscheid darüber ist heikel, da er in einem frühen Verfahrensstadium erfolgt, weshalb vergabeseits entsprechende, grosse Zurückhaltung zu üben ist.

5. Bleibt noch immer zu klären, wann eine Projektänderung **sachlich geboten und** wann sie **wesentlich** ist:

a) Zum *sachlichen Grund*: Eine Projektänderung ist jedenfalls nur dann zulässig, wenn sie aus sachlichen Gründen geboten und in diesem Sinne "erforderlich" (§ 32 Abs. 2 lit. c VRöB) ist. [11] Der sachliche Grund, der eine Projektänderung rechtfertigt, ist abstrakt nicht brauchbar zu umschreiben. Vielmehr ist er im Einzelfall mit Blick auf seine Funktion hin zu konkretisieren, die darin besteht, Projektänderungen aus bloss manipulatorischen Motiven zu verhindern. Jedenfalls muss der sachliche Grund nicht gerade ein wichtiger Grund<sup>58</sup> sein, der den Verzicht auf die Projektänderung als unzumutbar erscheinen lässt. Überhaupt ist diese Hürde nicht hoch zu setzen, muss doch die öffentliche Auftraggeberin etwa die Möglichkeit haben, in Grenzen während laufendem Verfahren eigene Fehler zu korrigieren oder neuen technischen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Die Auftraggeberin, die über das Vorliegen eines sachlichen Grundes zu entscheiden hat, ist hierbei auf ihr pflichtgemässes Ermessen verwiesen, dessen Ausübung die Gerichte nur sehr zurückhaltend nachprüfen, was auch für das Bundesgericht gilt (vgl. z.B. BGr. 31. Mai 2000 [2P.342/1999], E. 5b). Den Anbietern, die als Folge der Projektänderung einen Schaden erleiden, bleibt bei gegebenen Voraussetzungen noch immer die Culpa-Haftung, die etwa dann näher zu prüfen ist, wenn die Projektänderung durch einen vergabeseitigen Fehler in den Ausschreibungsunterlagen bedingt ist.

b) Und zur *Wesentlichkeit einer Projektänderung*: Sie wird beim Bund in Art. 30 Abs. 3 VoeB und bei den Kantonen durch § 32 Abs. 2 lit. c VRöB thematisiert. Diese normativen Vorgaben sind nicht beschreibend, sondern von der Rechtsfolge her anzugehen, die darin besteht, dass ein Vergabeverfahren ab ovo zu wiederholen ist. Mithin ist nicht schematisch etwa auf bestimmte (Mehr- oder Minder-)Beträge<sup>59</sup> oder technische Kriterien abzustellen. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob angesichts der konkreten Projektänderung die Wiederholung des Verfahrens als angemessene Rechtsfolge erscheint. Immerhin lassen sich *typische Fälle* finden, denen diese Rechtsfolge angemessen ist: (i) Die Projektänderung schlägt sich im Auftragswert nieder, so dass aufgrund der Schwellenwerte ein höherstufiges Verfahren zu wählen ist. (ii) Die Projektänderung lässt eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten. (iii) Die Projektänderung wirkt sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter aus und beschränkt so deren "interne Kalkulationsfreiheit", von der schon die Rede war. (iv) Die Projektänderung zieht eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich, sei es mit Bezug auf deren Inhalt, deren Reihenfolge oder auf deren Gewichtung.

## D Zur Berichtigung offensichtlicher Offertfehler

1. Weisen Angebote, die der Auftraggeberin zugehen, offensichtliche Fehler auf, werden diese Fehler im Zuge der **Angebotsprüfung** von der Auftraggeberin korrigiert (§ 24 Abs. 2 VRöB). Als Beispiele nennen die Vergaberichtlinien "Rechnungs- und Schreibfehler". Da (mehr oder minder) fehlerhafte Angebote im Vergabealltag eine

<sup>58</sup> Zum "wichtigen Grund" SCHERLER, Abbruch des Verfahrens, in: BR/DC 2001, S. 152.

<sup>59</sup> Demgegenüber stellt das Bundesgericht auf das Kriterium der "gewissen Grössenordnung" und darauf ab, ob die Projektänderung einen "objektiven Gesamtpreisvergleich zwischen den in Frage kommenden Offerten verunmöglicht oder verfälscht" (BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 4c).

geläufige Erscheinung sind, ist die Frage nach deren Behandlung von praktischer Bedeutung.

2. Das **Bundesgericht** befasste sich mit dieser Frage in einem Urteil vom 30. Mai 2000 (2P.151/1999), von dem schon im Zusammenhang mit der Projektänderung (vorne III./C) die Rede war. In diesem Fall fiel der Auftraggeberin in einer der Offerten ein Einheitspreis auf, der "50- bis 100-mal" höher lag als der entsprechende Positionspreis in den Konkurrenzofferten.<sup>60</sup> Die Auftraggeberin forderte die betroffene Anbieterin zur Preisanalyse auf, die in der Folge aber nicht ihren Preis erläuterte, sondern der Auftraggeberin eröffnete, dass sie sich um eine Zehnerpotenz verrechnet hatte, und sich auf einen "internen Eingabe- oder Schreibfehler" berief.<sup>61</sup> Hierauf korrigierte die Auftraggeberin den Fehler, was das Bundesgericht aus folgender Erwägung schützte:

*"Wenn ... der Auftraggeber nach ausdrücklicher Submissionsvorschrift von den Anbietern schon Erläuterungen bezüglich ihres Angebots verlangen kann, so muss er dabei festgestellte offensichtliche Versehen auch korrigieren können, ansonsten diese Regelung in vielen Fällen, insbesondere bei Preisanalysen, ihren Sinn und Zweck verfehlen würde. Eine Berichtigung muss jedenfalls dann zulässig sein, wenn auf Grund der eingeholten Erläuterung der tatsächliche Wille des Anbieters eindeutig feststeht"* (BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 3b).

Nach dieser Rechtsprechung kann eine Auftraggeberin das Versehen eines Anbieters korrigieren, wenn das Versehen offensichtlich ist und sich zweifelsfrei erschliessen lässt, was der Anbieter (in Abweichung von seiner versehentlichen Erklärung) tatsächlich wollte.<sup>62</sup> Ich halte diesen Entscheid für fragwürdig, und zwar schon mit Blick auf die Gebote der Gleichbehandlung und der Transparenz, die in der einschlägigen bundesgerichtlichen Erwägung nicht einmal erwähnt werden.

3. Die vergaberechtlichen Erlasse sehen gewöhnlich vor, dass während der Prüfung der Angebote "offensichtliche Fehler" berichtigt werden können, wobei "Rechnungs- und Schreibfehler" als Beispiele ("wie") für offensichtliche Fehler genannt werden (siehe z.B. den schon erwähnten § 24 Abs. 2 VRöB). Abgesehen davon, dass es nicht zutrifft, dass jeder Rechnungs- oder Schreibfehler offensichtlich ist, bleibt ungeachtet der Beispiele offen, *welche Fehler* berichtigt werden dürfen. Während das Bundesgericht jedes offensichtliche Versehen eines Anbieters als der Korrektur zugänglich erachtet, ist – bei einer Beschränkung auf arithmetische Fehler – meiner Meinung nach einer **strengerem Korrekturpraxis**, als das Gericht sie entwickelt hat, das Wort zu reden. Dabei unterscheide ich zwischen Rechnungs- und Kalkulationsfehlern:

a) [12] Zu den "*Rechnungsfehlern*" schlage ich alle Fehler, die *in der Offerte selber* liegen und etwa auf einer falschen Addition verschiedener Einzelpreise oder auf einer fehlerhaften Multiplikation von Einheitspreis und voraussichtlicher Menge beruhen. Wenn sich aus Bestimmungen der Auftraggeberin (z.B. "Die Einzelpreise sind bloss informativ. Massgeblich ist allein der Totalbetrag.") oder aus der gewählten Preisart (z.B. Einheitspreis) unzweifelhaft ergibt, welche der mehreren (sich widersprechenden) Preisangaben

<sup>60</sup> Der Preis dieser Anbieterin lag bei CHF 6'303, bei den übrigen Anbieterinnen zwischen CHF 60 und CHF 120.

<sup>61</sup> Mit der Elimination des Offertfehlers kam der Einheitspreis auf CHF 603 zu stehen. Diese noch immer erstaunliche Differenz zu den Konkurrenzpreisen (zwischen CHF 60 und 120) wurde indes nicht mehr als Fehlerindiz gewertet.

<sup>62</sup> In seiner Begründung beruft das Gericht sich auf eine Anmerkung von GAUCH in BR/DC 1998, S. 127 f., der dort aber nur solche Fälle abhandelt, in denen (anders als im entschiedenen Fall) der Rechnungsfehler in der Offerte selber steckt, was ihn hier zum Rechnungsfehler (im Gegensatz zum Kalkulationsfehler) macht.



verbindlich sein soll, ist eine Richtigstellung der offensichtlich fehlerhaften unverbindlichen Preisangaben durch die Auftraggeberin zulässig. Lässt sich dies nicht eindeutig entscheiden, fragt sich, ob die Auftraggeberin dem Anbieter Gelegenheit geben soll, seinen Fehler nachträglich (nach Massgabe seines "tatsächlichen Willens") zu korrigieren. Aus meiner Sicht ist dies im Interesse klarer Offertverhältnisse zuzulassen, sofern die Korrektur transparent vollzogen wird und sich im Ergebnis nicht auf die Schlussrangfolge der bewerteten Offerten auswirkt. In den übrigen Fällen steht das Gleichbehandlungsgebot einer Korrektur entgegen und ist das betroffene Angebot aufgrund eines wesentlichen Formfehlers vom weiteren Verfahren auszuschliessen (vgl. Art. 19 Abs. 3 BoeB), wobei die Wesentlichkeit des Fehlers hier daher rührt, dass dessen Berichtigung entweder nicht möglich oder rangwirksam ist.

Liegt der Fehler in einer fehlerhaften Multiplikation von Einheitspreis und voraussichtlicher Menge, darf der fehlerhafte Positionsbetrag (wie gesagt) korrigiert werden. Diese Korrektur schlägt zwar auf den Gesamtpreis (die Summe der Positionsbeträge) und damit unter Umständen auf die Rangierung der Offerten durch. Verfehlt ist jedoch nicht die Korrektur, sondern eine Vergabepaxis, die bei Einheitspreis-Offerten allein auf den Gesamtpreis abstellt<sup>63</sup> und nicht auch die (verbindlichen) Einheitspreise analysiert und miteinander vergleicht.

b) Ein "*Kalkulationsfehler*" liegt vor, wenn *die Offerte in sich fehlerfrei* (ohne Rechnungsfehler) ist, doch vom "tatsächlichen Willen" des Anbieters abweicht. Hierher gehört der Einheitspreis, den der Anbieter falsch übertragen oder den er falsch kalkuliert hat, etwa indem er sich "um eine Zehnerpotenz verrechnet" (BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 3b) hat. Während das Bundesgericht die Korrektur solcher Fehler ohne weiteres zulässt, sofern der Fehler offensichtlich ist und der tatsächliche Wille des Anbieters "eindeutig feststeht" (a.a.O., E. 3b), halte ich (analog der Behandlung von Rechnungsfehlern) eine Berichtigung nur dann für zulässig, wenn der Anbieter ihr zustimmt und überdies die Berichtigung ohne Auswirkung auf die Rangierung der bewerteten Offerten bleibt. In den übrigen Fällen ist das Angebot auszuschliessen (vgl. Art. 19 Abs. 3 BoeB), sofern nicht der Anbieter seinen (fehlerhaften) Preis ausdrücklich bestätigt und insoweit einem Irrtum (Art. 23 OR) entgegentritt.<sup>64</sup> Zur Begründung führe ich wiederum das Gleichbehandlungsgebot an, das verletzt wird, wenn einem Anbieter die Gelegenheit eingeräumt wird, seine Offerte nachträglich rangwirksam zu modifizieren.

c) Diese Lösung (vorstehend a und b) wahrt die *Verhältnismässigkeit*, indem sie eine Alternative zum Ausschluss vom Verfahren schafft, ohne das Gleichbehandlungsgebot preiszugeben. Im Übrigen drängt sie die Manipulationsgefahr auf ein erträgliches Mass zurück, ohne aber, was ich zugebe, diese Gefahr vollständig zu bannen.

4. Das Bundesgericht behandelt nur die Korrektur von **offensichtlichen Fehlern**, was ihm durch § 24 Abs. 2 VRöB vorgezeichnet wird. Rechtlich ist die Einschränkung bedeutsam, weil die Auftraggeberin offensichtliche Fehler *zwingend zu berichtigen* hat, soweit eine Berichtigung überhaupt zulässig ist (vorstehend 3a/b), und diesbezüglich grundsätzlich über kein (Entschliessungs-)Ermessen<sup>65</sup> verfügt. Jedoch braucht nicht die Auftraggeberin sich um die Abgrenzung zwischen offensichtlichen und nicht

<sup>63</sup> Vorbehalt bleibt selbstverständlich der Fall, in dem die Einheitspreise pauschaliert werden.

<sup>64</sup> Siehe auch RECHSTEINER, Rechnungsfehler, in: BR/DC 2000, S. 123.

<sup>65</sup> Zum Entschliessungsermessen vgl. z.B. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 348.

offensichtlichen Fehlern zu kümmern, denn sämtliche Fehler, die sie entdeckt, sind von vornherein offensichtlich. Vielmehr hat erst die Nachprüfungsinstanz im konkreten Beschwerdefall zu entscheiden, ob ein vom Anbieter geltend gemachter Fehler offensichtlich oder versteckt ist. Nur im ersten Fall muss der Fehler bei gegebenen Voraussetzungen korrigiert werden, während die Berichtigung versteckter Fehler weder zulässig noch überhaupt möglich ist. Für die Abgrenzungsfrage ist darauf abzustellen, ob die Auftraggeberin den Fehler tatsächlich erkannte oder ihn – wenn sie ihn tatsächlich nicht erkannte – im Rahmen einer ordnungsgemässen Offertprüfung hätte erkennen müssen.

5. Nachzutragen bleibt, was es mit der auch vom Bundesgericht angesprochenen **"Preisanalyse"** auf sich hat. Vorab: Sie dient zwar auch dazu, Offertfehler aufzudecken, ohne sich aber darin zu erschöpfen. Denn weiter sind Preisanalysen bei Beststellungsänderungen und dort – soweit die SIA-Norm 118 überhaupt anwendbar ist – "bei der Festlegung von Nachtragspreisen" zu berücksichtigen (Art. 18 Abs. 2 der Norm). Zudem sind sie ein Instrument des Einsichtsrechts, das sich der Bund in Art. 5 Abs. 1 VoeB ausdrücklich vorbehält und das sicherstellen soll, "dass der Bund – aufgrund des fehlenden Wettbewerbes – nicht einen zu hohen Preis bezahlt"<sup>66</sup>. Mit Blick auf diese (und weitere) multiple Einsatzmöglichkeiten der Preisanalyse lässt sich nicht sagen, dass sie "ihren Sinn und Zweck verfehlen würde", dürfte die Vergabeseite "dabei festgestellte offensichtliche Versehen" (BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 3b) nicht freizügig korrigieren. Meine diesbezügliche Auffassung habe ich schon dargelegt; anfügen möchte ich lediglich, dass Offertfehler, welche die mangelnde Zuverlässigkeit des Offerenten indizieren, in keinem Fall zu korrigieren sind, sondern Anlass geben, den betroffenen Anbieter mangels Eignung vom Verfahren auszuschliessen.<sup>67</sup>

## E [13] Zur Beschwerdelegitimation

1. Nach Massgabe des Art. 88 OG ist zur Beschwerdeführung namentlich legitimiert, wer durch eine ihn persönlich treffende Verfügung in seinen Rechten verletzt wurde; mithin muss der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Hoheitsakt in eigenen rechtlich geschützten Interessen getroffen sein und zudem an dessen Aufhebung ein aktuelles und praktisches Interesse haben.<sup>68</sup> Im Rückgriff auf diese Bestimmung und seine einschlägige ständige Rechtsprechung hatte das Bundesgericht verschiedentlich auch in vergaberechtlichen Streitfällen eingehend zur Beschwerdelegitimation Stellung zu nehmen, wobei ich die folgenden Entscheide hervorheben möchte:

a) Der **übergangene Bieter** ist selbst dann beschwerdelegitimiert, wenn der Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger bereits abgeschlossen wurde, sofern er auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 1c Pra 2000 796, E. 1c Semjud 2000 I 546; siehe auch: BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 1b; BGr. 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 2b; BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 1b). Dies ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 BGBM, der dem verletzten Bieter einen Anspruch mindestens auf ein

<sup>66</sup> Eidg. Finanzkontrolle, Verhaltenskodex für die Wahrnehmung des Einsichtsrechts, Ziff. 2, abgedruckt im Rechtsquellenband des INSTITUTS FÜR SCHWEIZERISCHES UND INTERNATIONALES BAURECHT, Freiburg 2001, S. 279.

<sup>67</sup> So auch RECHSTEINER, Rechnungsfehler, in: BR/DC 2000, S. 123. Hierher gehört auch der Fall, in dem ein Offertfehler das Angebot in einem Masse verunstaltet, dass es sich mit den Leistungsspezifikationen nicht mehr in Einklang bringen lässt und deshalb vom Verfahren auszuschliessen ist.

<sup>68</sup> CLERC, zit. in Anm. 1, S. 566 ff.; allgemein HÄFELIN/HALLER, zit. in Anm. 9, Rz. 2003.

Feststellungsurteil einräumt, das für die anschliessende Durchsetzung des öffentlich-rechtlichen (Delikts-)Anspruchs auf Schadenersatz nach Art. 18 Abs. 2 IVöB und § 34 Abs. 1 VRöB erforderlich ist (BGr. 2. März 2000 [2P.274/1999], E. 1c Pra 2000 796 E. 1c Semjud 2000 I 546; siehe auch: BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 1b und BGr. 24. August 2001 [2P.299/2000], E. 1b).

b) In Fällen rechtswidriger Verfahrenswahl stellt sich die Frage nach der Beschwerdelegitimation des **interessierten Anbieters**, der durch die Wahl des Verfahrens daran gehindert wurde, eine Offerte einzureichen. Seine Legitimation hängt davon ab, ob er "überhaupt zum Kreis der potentiellen Anbieter gerechnet werden kann" (BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 1b), was sich mit dem Erfordernis, dass der Beschwerdeführer "in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht" (VGr. ZH 9. November 2001 [VB.2001.00116], E. 2c), deckt.

Dies verneinte das Bundesgericht für eine Unternehmung, die im Bereich der Kehrichtbeseitigung nur der Gattung, nicht auch der Technologie nach die Art von Anlagen herstellte, welche die Auftraggeberin beschaffen wollte (thermische Abfallverwertung anstatt konventionelle Rostfeuerung): Sie komme als Offerentin einer Kehrichtverbrennungsanlage mit Rostfeuerung "nicht oder jedenfalls nicht ernsthaft in Frage" (BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 3a). Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, musste das Gericht – in den Grenzen, die es sich durch das Rügeprinzip selber zieht – hypothetisch einen Offertinhalt annehmen und entscheiden, ob dieser Inhalt vor den technischen Spezifikationen der Auftraggeberin bestanden hätte oder das Angebot vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen.

Die Auseinandersetzung mit dieser Frage hinterliess im Urteil zwar keine Spuren, ist aber zwingend, wenn man die Vielfalt der Offertformen bedenkt, die den Anbietern – gegenteilige Anordnung in der Ausschreibung vorbehalten – offen stehen.<sup>69</sup> Und zudem ist sie heikel, was implizit auch das Bundesgericht anerkennt, das sich "bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien eine besondere Zurückhaltung ... [auferlegt], da dies häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt, stets einen Vergleich mit den anderen Offerten verlangt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält" (BGr. 2. März 2000 [2P.222/1999], E. 2c; grundlegend BGE 125 II 98 E. 6 Pra 88 577 E. 6). Unabhängig davon kann man sich fragen, ob im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes nicht mindestens dann die Schranken tief zu halten sind, wenn im konkreten Fall selbst das Bundesgericht findet, dass "der Verzicht auf eine öffentliche Ausschreibung allenfalls bezüglich der nicht angefragten Anbieter der betreffenden (konventionellen) Technologie problematisch erscheinen" (BGr. 2. März 2000 [2P.282/1999], E. 3a) kann.

c) Beschwerden **Dritter** schliesslich wies das Bundesgericht bislang ab, soweit es darauf eintrat. Zwar gestand es den Beschwerdeführern jeweils zu, dass sowohl das Binnenmarktgesetz (Art. 9 Abs. 2) als auch die IVöB die Kantone dazu verpflichten, gegen Vergabeentscheide ein Rechtsmittel vorzusehen. Doch bleibt das Beschwerdeverfahren durch kantonale Regeln beherrscht, die gerade auch die Legitimation beschlagen. Das Bundesgericht erblickte keine Willkür darin, dass die Vorinstanzen gestützt auf kantonales Recht im einen Fall (BGr. 18. Mai 1999 [2P.10/1999]) den Arbeitnehmern eines glücklosen Anbieters sowie deren Gewerkschaft, im anderen Fall (BGr. 8. Juni 2001 [2P.42/2001])

<sup>69</sup> Etwa kann ein Anbieter als Generalunternehmer offerieren, mit weiteren Unternehmungen eine Bietergemeinschaft bilden, ein Teilangebot unterbreiten oder auch mit einer Variante operieren.

einer paritätischen Berufskommission die Beschwerdelegitimation abgesprochen hatten. Dass die Aussichten von Subunternehmern und Lieferanten eines übergangenen Bieters nicht besser sind, ist offensichtlich und wurde für Letztere vom Bundesgericht auch ausdrücklich festgehalten (BGr. 8. Juni 2001 [2P.42/2001], E. 2e/bb).<sup>70</sup>

2. Als Dritte gelten namentlich auch **Berufsverbände**, die im erstinstanzlichen Vergabeverfahren nicht selber als Bieter aufgetreten sind. Deren Beschwerdelegitimation hängt ab vom kantonalen Verfahrensrecht, das im konkreten Fall anwendbar ist. Ist dort ein spezielles (ideelles) Verbandsbeschwerderecht nicht vorgesehen und wird die Zulässigkeit der egoistischen Verbandsbeschwerde namentlich (und kumulativ zu weiteren Bedingungen)<sup>71</sup> an die Voraussetzung geknüpft, dass "die Mehrheit oder doch eine grosse Anzahl ihrer Mitglieder von der Verfügung berührt ist" (BGr. 8. Juni 2001 [2P.42/2001], E. 2e/cc) und "den Mitgliedern der Beschwerdeführenden je für sich eine Beschwerdelegitimation zukommt" (VGr. ZH 10. Mai 2001 [VB.2000.00313], E. 2a), wird eine Zuschlagsverfügung von einem Verband gewöhnlich nicht anfechtbar sein. Denkbar ist aber, dass ein Verband die Bedingung erfüllt, wenn er sich nicht gegen eine Zuschlagsverfügung, sondern gegen eine Ausschreibung oder auch dagegen wendet, dass ein [14] Auftrag rechtswidrig nicht öffentlich ausgeschrieben wurde (vgl. VGr. VD 24. Januar 2001, insb. E. 1c). Denn in solchen Fällen ist der Kreis der berührten Bieter offen und möglicherweise gerade so weit, dass er zumindest eine "grosse Anzahl" der Mitglieder eines Verbandes erfasst, die nach der in dieser Hinsicht unbestimmten Formel ja noch immer eine Minderheit sein dürfen.<sup>72</sup>

3. Darüber hinaus befand das Bundesgericht auch etwa über die Beschwerdelegitimation:

- einer Gemeinde in Bezug auf ihre Vergabeautonomie (BGr. 12. Oktober 2001 [2P.175/2001], E. 1)<sup>73</sup>;
- einer Zuschlagsempfängerin, der die Vorinstanz ein Recht entzog, indem sie den Zuschlagsentscheid aufhob, so dass die Beschwerdeführerin unabhängig davon legitimiert war, dass sie sich am vorinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt hatte (BGr. 18. Oktober 2001 [2P.153/2001], E. 1a);
- der Mitglieder einer Bietergemeinschaft, deren Interesse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit eines Vergabefehlers sie zur Beschwerdeführung berechnete, obwohl einer der Gesellschafter aus der Bietergemeinschaft ausgetreten war (BGr. 26. Juni 2000 [2P.4/2000], E. 1b, c ZBl 2001, S. 217, E. 1 b, c).

<sup>70</sup> Anders aber CARRON/FOURNIER, zit. in Anm. 11, S. 65.

<sup>71</sup> Dazu etwa: BOVET, Le contentieux des marchés publics, in: RDAF 2001, S. 430 f.; CARRON/FOURNIER, zit. in Anm. 11, S. 69; GADOLA, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in: AJP 1996, S. 973; GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, zit. in Anm. 1, Rz. 540.

<sup>72</sup> Siehe: ESSEIVA, in: BR/DC 1999, S. 59 f., Anm. zu Nr. S16; STÖCKLI, in: BR/DC 2001, S. 162, Anm. zu Nr. S55.

<sup>73</sup> Zur Autonomiebeschwerde siehe etwa: DILL, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie, Diss. Bern 1985, S. 56 ff. (zur „relativ erheblichen Entscheidungsfreiheit“); HÄFELIN/HALLER, zit. in Anm. 9, Rz. 2025; KÄLIN, zit. in Anm. 9, S. 189 ff.

#### **IV. Zum Schluss**

Mein Aufsatz setzt sich mit ausgewählten Aspekten der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Vergaberecht auseinander, die ich zum Teil für fragwürdig halte. Im Besonderen komme ich hinsichtlich der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (Ziff. III./B), der nachträglichen Projektänderungen (Ziff. III./C) und der Berichtigung offensichtlicher Offertfehler (Ziff. III./D) zu anderen Schlüssen als das Bundesgericht, wobei für meine Kritik selbstverständlich ohne weiteres gilt, was auch das Bundesgericht eingesteht: "Wie jedes irdische Werk kann ein Urteil nicht Anspruch auf Vollkommenheit erheben" (127 III 501 E. 3b/bb, in der Übersetzung der Pra 2002 35 E. 3b/bb).